

Atención
10/10/13

(16)

BORRADOR

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 18
MADRID**

SENTENCIA: 00039/2013

Rollo: RECURSO DE APELACION 956 /2012
Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 220 /2012
Órgano Procedencia: JDO. 1A. INST. E INSTRUCCION
N. 4 de ALCORCON

PONENTE: ILMO. SR. D. LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO

APELANTE:

PROCURADOR: PALOMA SOLERA LAMA

APELADO:

PROCURADOR: ELENA RUEDA SANZ

RECURSO	NOTIFICACION
13 FEB 2013	13 FEB 2013
Artículo 1913	LEC. 12008

En MADRID, a cinco de febrero de dos mil trece.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

ILMA. SRA. D^a. GUADALUPE DE JESÚS SÁNCHEZ
ILMO. SR. D. LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO
ILMO. SR. D. PEDRO POZUELO PÉREZ

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en

Madrid

grado de apelación los autos sobre indemnización por daños y perjuicios, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Alcorcón, seguidos entre partes, de una, como apelante demandante DOÑA representada por la Procuradora Sra. Solera Lama y de otra, como apelada demandada DOÑA representada por la Procuradora Sra. Rueda Sanz, seguidos por el trámite de juicio ordinario.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. DON LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Alcorcón, en fecha 20 de julio de 2012, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que DESESTIMO en su integridad la demanda formulada por la Procuradora María Piña del Castillo en nombre y representación de Doña absolviendo a la demandada Doña

cuantos pedimentos se solicitaban la demanda. Y condenando en costas al demandante".

SEGUNDO.- Por la parte demandante se interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000, se remitieron los autos a esta Audiencia.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente



Madrid

deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 4 de febrero de 2013.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La primera cuestión que quiere hacer constar este Tribunal antes de examinar el recurso de apelación interpuesto, es que en nuestro ordenamiento jurídico procesal, la función de la valoración de la prueba corresponde a los órganos de instancia, entendiéndose como tales no solo los de primera sino también los de segunda instancia, el recurso de apelación en nuestro derecho se constituye y configura como un recurso ordinario, y el Tribunal de segunda instancia se encuentra ante los hechos y la valoración probatoria en la misma posición que el Juez de Primera Instancia y por tanto puede perfectamente no compartir o valorar de otra forma las pruebas practicadas.

SEGUNDO.- Pasando al examen de las pruebas practicadas, el Juez de instancia en la sentencia recurrida, llega a una serie de conclusiones sobre la duración del tratamiento de la demandante, y el supuesto consentimiento informado a la toma del medicamento en el que se sostiene la demanda, que no pueden ser compartidas por este Tribunal de segunda instancia, así en primer lugar este Tribunal discrepa de la valoración de que la actora ya viniera tomando el medicamento "Nuvelle", con antelación al tratamiento impuesto por la Doctora Doña Y ello por cuanto que del examen de la historia clínica obrante en autos, no se desprende en modo alguno dicho extremo, el perito de la demandada sostiene que el tratamiento del medicamento

"Nuvelle" ya le había sido prescrito con anterioridad a la demandante, según deduce de la anotación correspondiente al 31 de julio de 1.998, sin embargo examinada dicha anotación, la misma es de naturaleza extremadamente concisa y críptica, y figura efectivamente una anotación que puede considerarse que pone el nombre de "Bernabé" pero no queda acreditado en modo alguno que el tal "Bernabé" sea un médico y en modo alguno tampoco está acreditado que con anterioridad estuviera tomando el citado medicamento, y así lo reconoce el propio perito de la demandada en el interrogatorio del mismo, donde afirmó primero con carácter taxativo que se trataba del Doctor Bernabé, y al hacerle ver que no figuraba dicha anotación de doctor en ningún sitio, reconoció que lo habría puesto porque así se lo habría dicho la demandada, por tanto no está acreditado que con antelación al tratamiento marcado por la Doctora la demandante estuviera tomando el citado medicamento.

TERCERO.- La Juez de instancia también deduce que se había producido información sobre las consecuencias y riesgos de la toma del citado medicamento, de la anotación correspondiente al 12 de febrero de 2002, consistente en "sus. el Nuvelle" anotación que se encuentra tachada, de dicho extremo no puede deducirse que suspendiera el tratamiento la demandante en virtud de consejo de la demandada, ni tampoco que se haya producido realmente la citada suspensión, como consecuencia de prescripción de la doctora, ni tampoco puede deducirse de dicha escueta anotación, el que se hubiera informado previamente a la demandante de los riesgos que en ese momento ya eran evidentes de la toma continuada del citado medicamento, por ello y en consecuencia tampoco puede entenderse como realiza el perito de la demandada que se hubiera prestado un consentimiento informado a la toma durante diez años del citado medicamento.

CUARTO.- Partiendo de lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, no podemos sino llegar a la conclusión, de que se infringió lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley de Autonomía del Paciente, así como lo dispuesto en el artículo 4.1 de dicha norma legal, puesto que si la paciente tenía pleno derecho a conocer la información disponible sobre el medicamento en cuestión y a ser informada aunque fuera verbalmente de dichos riesgos, no queda acreditado como dijimos antes que se proporcionara dicha información puesto que nada de ello figura en la historia clínica, por tanto se ha infringido de forma clara y patente dicha normativa legal y se ha realizado una omisión de prueba de dicha información que no puede sino achacarse en virtud de la carga probatoria del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la parte demandada a quien incumbía acreditar dicho extremo.

QUINTO.- Con lo expuesto en el fundamento jurídico anterior bastaría ya para establecer la condena de la demandada, pero además el Tribunal desea analizar también como elemento fundamental la relación de causalidad entre el medicamento suministrado durante más de diez años a la demandante y el desarrollo de un tumor cancerígeno, a tal fin hemos de tener en cuenta que las pruebas practicadas de naturaleza documental son contundentes, en el sentido de que si bien en el año 1.998 fecha en que se inicio el tratamiento no existía constancia de los riesgos de la toma del mismo ya en el año 2002 se hacía constar dicho riesgo y la recomendaciones posteriores incidían aún con mayor fuerza en el riesgo evidente de la toma continuada del citado medicamento, en cuando que podía favorecer la aparición de tumores de naturaleza cancerígena, se sostiene de forma un tanto sorprendente por el perito de la demandada, que el medicamento "Nuvelle" no es generador del tumor, sino que exclusivamente favorece su crecimiento, lo que en realidad constituyó un beneficio para la parte actora, en cuanto que afloró con más antelación y



permitió su cura y tratamiento radical, la afirmación no puede sino calificarse de sorprendente, y entender que es un beneficio para la paciente el provocarle el desarrollo de un tumor cancerígeno no puede sino resultar cuando menos insólito, por el contrario la perito de la parte actora que es especialista en oncología, sostiene claramente que la toma continuada durante diez años del citado medicamento necesariamente contribuyó al afloramiento del tumor canceroso, por ello y en consecuencia este Tribunal entiende que estando acreditado el tratamiento pautado durante más de diez años con el medicamento "Nuvelle", estando acreditada la falta de información de los riesgos del citado medicamento a la demandante, estando acreditada igualmente la existencia de abundantísima bibliografía médica y de consejos escritos del Ministerio de Sanidad sobre la evaluación de los riesgos graves de la toma del medicamento "Nuvelle", y estando acreditado el desarrollo de un tumor de mama de naturaleza maligna por la demandante, a cuyo desarrollo y evolución contribuyó decisivamente el citado medicamento, no puede sino necesariamente estimarse la demanda del procedimiento y revocar la sentencia de instancia.

SEXTO.- En cuanto a la cuantía de la indemnización solicitada, la misma parece prudente y ajustada a criterio de este Tribunal al daño y perjuicio producido a la demandante, por lo que ha de condenarse en la citada cuantía.

SÉPTIMO.- Conforme a lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha de hacerse imposición de costas en esta alzada y conforme a lo señalado en el artículo 394 del mismo cuerpo legal han de imponerse las costas de primera instancia a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Por cuanto antecede en nombre de Su Majestad El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

III.- FALLAMOS

Que estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Solera Lama en nombre y representación de Doña DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 4 de Alcorcón y en consecuencia estimando íntegramente la demanda iniciadora del procedimiento debemos condenar y condenamos a Doña a abonar a la actora la cantidad de VEINTIDOS MIL EUROS (22.000 euros) en concepto de indemnización, más los intereses legales de dicha cantidad desde la reclamación judicial de la misma e igualmente al pago de las costas causadas en primera instancia y sin hacer imposición de costas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno por razón de la cuantía, cabiendo en su caso recurso de casación por interés casacional si concurren las circunstancias previstas en el artº. 477.2.3º y 3 LEC, y, también en su caso, extraordinario por infracción procesal en la forma prevista en la DF. 16ª LEC en relación con el artº. 469 LEC.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.